

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

ORLANDO CELSO DA SILVA NETO

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Orlando Celso Da Silva Neto, Otavio Luiz
Rodrigues Junior – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-087-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. I.
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo
Horizonte, MG).

CDU: 34



LIMITAÇÕES VOLUNTÁRIAS AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E PORTUGUÊS
THE SELF-LIMITATIONS OF THE PERSONALITY RIGHTS: A COMPARATIVE STUDY BETWEEN THE BRAZILIAN AND PORTUGUESE LAW A

Gerson Luiz Carlos Branco
Tula Wesendonck

Resumo

Este artigo trata sobre a limitação voluntária aos direitos da personalidade como exercício do livre desenvolvimento da personalidade. Parte-se do Art. 11 do Código Civil brasileiro cujo texto fixa a indisponibilidade dos direitos da personalidade, para confrontá-lo com situações próprias de uma sociedade contemporânea, na qual a autolimitação aos direitos da personalidade é consequência das relações da pessoa em seu próprio interesse. A pesquisa está centrada na análise do papel das cláusulas gerais no Direito Civil Contemporâneo e no estudo comparativo entre o Direito brasileiro e português, com a finalidade de determinar bases interpretativas para a matéria na perspectiva da doutrina sobre autodeterminação e autonomia privada.

Palavras-chave: Direitos da personalidade, Direito civil contemporâneo, Autonomia privada, Autodeterminação

Abstract/Resumen/Résumé

This article is about the voluntary limitation of personality rights as exercises to free development of personality. The article starts from the Art. 11 of the Brazilian Civil Code which text set that the personality rights are unavailable, to face him with day to day situations in the contemporary society, in which the self-limitation to personal rights is a result from the relations of the person in your own interests. The research is focused on the analysis of the role of general clauses in contemporary civil law and in the comparative study between Brazilian and Portuguese laws, in order to determining interpretative basis to the subject in the perspective of the doctrine about self-determination and private autonomy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Personality rights, Contemporary civil law, Private autonomy, Self-autonomy

INTRODUÇÃO

O Art. 11 do Código Civil brasileiro dispõe que os direitos da personalidade são intransmissíveis, irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. A proposição deste artigo é de que tal dispositivo não pode ser interpretado literalmente, pois isso reduziria o titular dos direitos da personalidade a escravo de seus próprios direitos. O direito a autodeterminação e a liberdade necessária para o livre desenvolvimento da personalidade permitem que a pessoa pratique atos de autonomia privada, limitando seus direitos da personalidade, em seu próprio interesse.

A pesquisa e comparação da disciplina com o Direito português auxiliará na interpretação do Art. 11 do Código Civil, que não pode ser visto como uma simples proibição à prática de atos de autonomia privada, pois o objetivo de tal disposição legal foi a de estabelecer limites a patrimonialização e ao uso da autonomia privada no âmbito dos direitos da personalidade. Porém, a disposição legal não retirou dos particulares a autodeterminação e a possibilidade de regular sua vida privada.

De qualquer modo, o Direito brasileiro não fixou limites legislativos sobre a possibilidade de autolimitação aos direitos da personalidade, tampouco estabeleceu limites à essa autolimitação, razão pela qual justifica-se esta investigação, para o fim de entender qual é o quadro normativo que disciplina a limitação dos direitos da personalidade no Direito brasileiro, usando-se a referência da legislação e doutrinas portuguesas como baliza, dado ao avançado desenvolvimento que a matéria teve desde a edição do Código Civil português.

Para este fim, o artigo propõe que o debate sobre a vinculação dos direitos fundamentais aos direitos da personalidade precisa de densificação dogmática a partir do sistema do Código Civil e da legislação infraconstitucional. Embora o debate sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais esteja relativamente desenvolvido, a perspectiva teórica não é suficiente para a realização e eficácia dos Direitos Fundamentais, pois é preciso entender como se dá tal eficácia no âmbito dos direitos da pessoa na perspectiva do poder de autorregramento dos seus próprios interesses, razão pela qual este artigo é estruturado em duas partes.

A primeira trata sobre o sistema do Código Civil brasileiro e a importância de uma interpretação adequada das cláusulas gerais, segundo os parâmetros do Direito Civil

Contemporâneo e a segunda, faz a comparação sobre o regime do Direito português como um referencial para auxiliar na interpretação do Art. 11 do Código Civil brasileiro.

1. O papel das cláusulas gerais para concretização dos Direitos da Personalidade e sua limitação voluntária

1.1. Cláusulas Gerais e direitos da personalidade

O Código Civil vigente regulamentou os direitos da personalidade de modo genérico, porém com disposições abertas e flexíveis, de modo a permitir que questões tratadas desde a edição da Constituição Federal de 1988 sobre a eficácia e proteção dos Direitos Fundamentais pudessem ser desenvolvidas sem conflitos sistemáticos ou axiológicos.

Embora codificação e constitucionalização possam ter sido situadas em polos distintos de um debate iniciado na década de setenta do século passado pela obra de Natalino Irti¹, no Direito brasileiro tem-se observado que o movimento da constitucionalização do Direito Civil foi impulsionado pela redação da legislação infraconstitucional, não só no período da tramitação do Código Civil como depois da sua vigência.

As disposições do Código Civil de 2002, que tratam dos direitos da personalidade, podem ser utilizadas como mecanismos de realização dos direitos fundamentais e permitem o aprofundamento da discussão a respeito da relação entre os dispositivos constitucionais (em especial os direitos fundamentais) e o Direito Privado.

Essa orientação caminha na mesma direção de considerar a atuação do CC 2002 como “estrutura receptora dos direitos fundamentais, difundindo-os nas relações interprivadas e contribuindo com a construção de uma nova noção de pessoa humana”².

Mesmo que o Código Civil não tenha previsto um direito geral da personalidade,³ a redação de um capítulo para tratar sobre os direitos da personalidade (Arts. 11 a 21) contendo

¹ IRTI, Natalino . *L'età della decodificazione*.Milão:Giuffrè Editore, 4ª Ed., 1999.

² MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e opção culturalista do novo Código Civil. *In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª ed, 2010, p. 79.

disposições especiais para proteção da pessoa, permite uma interpretação que compatibilize o princípio constitucional da dignidade da pessoa, tarefa que exige pesquisa e investigação, especialmente no que se refere aos vazios normativos deixados pelo legislador.

Nesse sentido, ganha relevância a compreensão do papel das cláusulas gerais como instrumentos eficazes à concreção dos direitos fundamentais. As cláusulas gerais permitem uma mobilidade ao sistema jurídico conduzindo o intérprete à ponderação na busca de solução de conflitos de liberdades, são mecanismos aptos a permitir a concretização dos direitos fundamentais, pois possuem uma diferença qualitativa de outras determinações legais, exigem um exercício efetivo de ponderação ao intérprete para alcançar a solução mais adequada ao caso concreto, obrigando a realização da ponderação toda a vez que a atividade de julgar exigir a formulação de uma gênese crítica⁴.

Nesse sentido é necessário considerar que o Código Civil de 2002 obedeceu lógica metodológica distinta da prevista no ordenamento anterior, porque evitou a pretensão da totalidade normativa⁵, foi elaborado por meio de técnica legislativa que contém previsão de cláusulas gerais⁶ dispostas em partes importantes do diploma normativo, assegurando mobilidade do sistema. Essa

³ Diferentemente do Código Civil brasileiro, o legislador português dedicou-se a regulamentar o Direito Geral da Personalidade. Embora a problemática dos Direitos da Personalidade seja desenvolvida e tratada em todo o mundo, especialmente após a realidade social posterior ao advento da segunda guerra mundial, é inegável a influência que o Direito Civil Português teve sobre o legislador brasileiro. Moreira Alves, jurista responsável pela elaboração da Parte Geral do Código Civil brasileiro, abre o livro que trata sobre o projeto enfrentando as “Lições do novo Código Civil português”, embora esse código tenha sofrido influência do Direito Alemão e Italiano. MOREIRA ALVES, José Carlos. A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1986.

⁴ CACHAPUZ, Maria Cláudia. As Cláusulas Gerais e a Concreção de Direitos Fundamentais. *In Novos Direitos*. NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Coord., Curitiba: Juruá, 2007, p. 395.

⁵ ANDRADE, Fábio Siebeneicler de. O Código Civil de 2002: influências e funções atuais. **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Teixeira, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite Coord., Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 92. O autor refere que essa totalidade normativa era afinada a um conceito oitocentista de Código representando um modelo superado que precisou ser substituído pelo modelo central de Código. No entanto, esse modelo central não dispensa leis especiais, deve ser estruturado em princípios, *standards* ou cláusula gerais correspondentes a um sistema aberto ou móvel contraposto ao sistema do Código Civil anterior que obedecia a um sistema fechado.

⁶ Segundo Karl Engisch, cláusula geral pode ser definida como “formulação da hipótese legal que em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos” e o autor complementa a noção referindo que [...] “o verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeito um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuismo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e ‘provisoriamente’ dominar a matéria jurídica.” ENGICH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6ª ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 299 - 234.

mobibilidade permite de modo mais adequado uma interpretação conforme a Constituição⁷, permitindo que os valores constitucionais ordenadores dos direitos fundamentais sejam concretizados em consonância com as técnicas e modelos jurídicos do Direito Privado⁸. Em certa medida as cláusulas gerais podem servir como instrumentos de extensão de direitos fundamentais às relações privadas⁹.

Porém, a técnica legislativa das cláusulas gerais confere alto grau de discricionariedade ao intérprete, e por vezes suscita desconfiança¹⁰, já que a reconstrução da norma no caso concreto pode se transformar em instrumento de arbitrariedades se for utilizada de modo subjetivo.

As cláusulas gerais somente podem contribuir para a formação do Direito Privado se forem lidas e aplicadas segundo a tradição do Direito Privado, seus modelos jurídicos e metodologia, sem perder de vista que na hipótese dos Direitos da Personalidade também é necessário atender aos princípios e valores previstos no texto constitucional, especialmente no capítulo destinado aos Direitos Fundamentais, e de técnicas interpretativas contemporâneas e consentâneas com a nova estrutura do Direito Privado, que abandonou a técnica legislativa de listar direitos e especificar condutas estritas e limitadas.¹¹

O estudo proposto neste artigo é desenvolvido a partir de uma base teórica construída em duas áreas distintas do conhecimento jurídico. A primeira é a Teoria dos Direitos Fundamentais, especialmente a partir da discussão a respeito da sua eficácia horizontal¹². A segunda deriva do

⁷ Sobre a interpretação “conforme a constituição”, ver CANOTILHO, JJ. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 2000, p 1226 e ss.

⁸ ANDRADE, 2011, p. 94.

⁹ CACHAPUZ, Maria Cláudia. As Cláusulas Gerais e a Concreção de Direitos Fundamentais. *In Novos Direitos*. NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Coord., Curitiba: Juruá, 2007, p. 388 -389. A autora refere que essa orientação foi seguida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso Lüth, ao reconhecer que as cláusulas gerais têm a missão de estenderem a todo o ordenamento jurídico as ideias valoradas no corpo de uma Constituição conforme segue: “Os direitos fundamentais servem primeiramente para protegerem o cidadão do Estado, mas como elencados numa Constituição, eles também incorporam uma escala objetiva de valores que se aplica, como matéria de direito constitucional, a todo o ordenamento jurídico. A matéria dos direitos fundamentais é expressa, indiretamente, nas normas do direito privado, tornando-se evidente por meio de tutelas mandamentais e efetivas pelo uso judicial das cláusulas gerais”.

¹⁰ Podendo ser lebrados os casos dos Códigos Civis da Alemanha e Itália que apresentavam em seu texto cláusulas gerais que demoram anos para serem efetivamente aplicadas.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. *In A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed, 2003, p. XIX e XX.

¹² Nesse sentido importante referir que os direitos fundamentais geram efeitos no âmbito das relações privadas, mas o autor alerta para os abusos que ocorrem em nome de uma constitucionalização do Direito Privado, o que exige uma

debate ocorrido no âmbito do Direito Privado brasileiro a respeito da renovação ou até mesmo da sua reconstrução a partir de uma compreensão adequada aos princípios constitucionais norteadores e conformadores dos direitos da pessoa na perspectiva do poder de autorregramento dos seus próprios interesses.

Entre essas áreas há um ponto de contato e ao mesmo tempo uma lacuna. O ponto de contato é a sua influência contínua e recíproca sobre direitos da pessoa, seja no que concerne aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal ou nos direitos da personalidade previstos no Código Civil. A lacuna está na carência de análises sólidas a respeito da eficácia e concreção dos Direitos Fundamentais através da utilização das cláusulas gerais como métodos de aplicação nas hipóteses concretas, nos novos conflitos surgidos no âmbito da vida social contemporânea em especial ao que se refere ao autorregramento dos interesses da pessoa.

A partir do exame integrado dessas áreas de conhecimento é que será possível definir os contornos a respeito da limitação voluntária dos direitos da personalidade.

1. 2. Limitação voluntária dos direitos da personalidade

Uma das matérias mais polêmicas a respeito dos direitos da personalidade concerne à limitação do seu exercício por vontade do próprio titular. Tal polêmica deriva da redação do Art. 11 do Código Civil que considera os direitos da personalidade intransmissíveis e irrenunciáveis não podendo sofrer limitação voluntária.

A interpretação desse artigo é apenas o ponto de partida base para compreensão do tema, pois o seu teor sintético e limitado não permite compreender toda a extensão da matéria.

A função desse dispositivo foi objeto de estudo por Anderson Schreiber, que questiona se o simples consentimento basta para tornar legítima a lesão aos atributos da personalidade. Segundo o autor, é plausível a preocupação do legislador em estabelecer a inviabilidade da limitação voluntária, porque a própria história mostra que se os homens forem deixados inteiramente livres, acabam renunciando os seus direitos mais essenciais, já que segundo o mesmo autor, o ser humano, para atender as suas necessidades e de sua família, é capaz de sacrifícios extremos. No entanto, o próprio autor considera exagerada a vedação de toda e qualquer limitação voluntária o que implicaria na

postura mais cautelosa para evitar efeitos colaterais e indesejáveis, e por isso o autor refere que é necessário evitar extremos de uma civilização do direito constitucional e de uma constitucionalização do direito civil. SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª ed, 2010.

inviabilidade de atos que fazem parte da nossa sociedade e representam o livre desenvolvimento da personalidade humana como se vê nos casos de *reality shows*, e até mesmo nos atos mais singelos como furar orelha, praticar boxe ou expor informações pessoais em redes sociais¹³.

Provavelmente o autor esteja referindo-se a possibilidade de celebração de contratos que limitavam direitos essenciais, tais como contratos compra e venda de sangue, de órgãos ou exposição a experiências científicas.

É claro que ainda hoje é possível e recomendável a doação de sangue, órgãos e a participação em experimentos científicos. Porém, o que se questiona é a eficácia do negócio jurídico e a possibilidade de execução de contratos que estabeleçam tais obrigações.

Nesse aspecto deve-se observar a diferença entre a autodeterminação como liberdade de escolha para prática de certos atos e os atos de autonomia privada, pelo qual o indivíduo fica vinculado aos efeitos de uma declaração pretérita de vontade, com eficácia de “ato jurídico perfeito” e suscetível de execução forçada.

Joaquim de Sousa Ribeiro esclarece que autonomia privada é “um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam”. Segundo o autor ocorre a normação pelo próprio titular que fica obrigado aos efeitos vinculativos da regra que ele mesmo cria. Já a autodeterminação é representada pelo “poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com suas preferências”. Segue ainda o autor referindo, que a autodeterminação é o reconhecimento de um valor absoluto da pessoa humana, uma forma de expressão de sua dignidade e individualidade próprias¹⁴.

Ao que parece o Art. 11 veda atos de autonomia privada que disponham contratualmente sobre certos direitos da personalidade, não limitando, necessariamente a liberdade de escolha de as pessoas conduzirem sua vida conforme sua vontade, o que acima chamamos de autodeterminação. Como é corrente na vida contemporânea são comuns os casos de autolimitação dos direitos da personalidade, o que em grande medida pode ser considerado como necessário para o próprio desenvolvimento humano,¹⁵ pois a realização de pesquisas médicas, doação de sangue, etc., além de

¹³ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2ª ed, 2013, p. 26-27.

¹⁴ SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003, p. 21-23.

¹⁵ Nesse sentido merece referência a lição de Ingo Sarlet a respeito da dimensão dúplice da dignidade que se manifesta como expressão de autonomia da pessoa humana e também como necessidade de sua proteção por parte da comunidade e do Estado quando a capacidade de autodeterminação é fragilizada ou ausente. A perspectiva protetiva poderá prevalecer em face da dimensão autônoma em razão de faltar decisão própria e responsável que poderá perder o

atos valorizados sob o ponto de vista social também são importantes para aquele que os pratica na sua inserção social e familiar.

Os exemplos de casos em que é possível a limitação voluntária são inúmeros, pois além dos casos em que as pessoas se submetem voluntariamente a experiências médicas ou científicas das quais possa resultar perigo para a sua vida, também há práticas voluntárias em que a vida é constantemente posta em perigo, como por exemplo, nos casos de trabalho nas forças armadas, forças de segurança, serviços de salvamento, ou no caso de médicos ou outros profissionais da saúde que trabalham com doenças contagiosas¹⁶.

No entanto, causa certa comoção casos extremos como os de “customizações do próprio corpo” ou até mesmo de amputações solicitadas por pacientes com transtorno da identidade corporal¹⁷.

Em virtude disso, cabe ao intérprete a tarefa de ler o dispositivo com certo temperamento, pois o art. 11 do Código Civil não pode ser interpretado de forma literal, tampouco pode ser ignorado o seu mandamento restritivo de “disposição” dos direitos da personalidade.

Para o fim de realizar esse temperamento, toma-se como referência a contribuição da doutrina portuguesa sobre a matéria, assim como a doutrina que propõe que é necessário preservar a liberdade e autodeterminação quando essenciais para o livre desenvolvimento da personalidade, porém pode haver limitação quando esta se justificar para proteção do princípio da dignidade da pessoa¹⁸.

2. Contribuição do Direito Português para a interpretação do Art. 11 do Código Civil brasileiro

exercício de sua autodeterminação, mas será tratado com dignidade. O autor ainda refere que em virtude da dignidade humana a pessoa não pode ser reduzida a condição de objeto pela ação própria e de terceiros. SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In Dimensões da Dignidade – ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Org. SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 30-32.

¹⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 155. Importante também referir que o consentimento do lesado server como causa de exclusão da responsabilidade civil como bem enfatiza ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. **Direito das Obrigações**. 12ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 576 e ss.

¹⁷ Carone, Julia Silva e Faro, Julio Pinheiro. Completos, mas incompletos? O amputees by choice e a extensão da liberdade de manifestação da personalidade humana. **Revista dos Tribunais São Paulo**. vol. 9, 2014, p. 199 – 211, Nov-Dez. 2014.

¹⁸ SCHREIBER, p. 27.

Ao contrário da disposição constante no Art. 11 do Código Civil brasileiro, o Art. 81º do Código Civil português trata a matéria deixando claro que a limitação legal não diz respeito a liberdade de prática de atos em geral, mas da celebração de negócios jurídicos. Veja-se a redação da norma portuguesa:

“Artigo 81.º

(Limitação voluntária dos direitos de personalidade)

1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública.
2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.”

Enquanto o texto do Art. 11 do Código Civil brasileiro usa o verbo “dispor”, expressão que é relativa ao ato de decisão sobre o exercício, a norma portuguesa é clara no sentido de que os negócios jurídicos objeto de limitação da personalidade são objeto da regulamentação legal.

Embora a diferença de técnica legislativa, não se pode separar as duas normas de modo absoluto nesse aspecto, pois embora o legislador brasileiro tenha usado o verbo dispor, tal ato de disposição somente pode ser interpretado no sentido de que não são permitidos negócios jurídicos cujos efeitos retirem do seu titular o direito da personalidade.

Quando da elaboração do artigo o legislador não cogitava da possibilidade de vedar que alguém fizesse uma doação de sangue. Porém, nenhuma convenção que obrigue alguém a doar ou vender sangue produzirá efeitos jurídicos.

Em outras palavras, a primeira contribuição que a técnica legislativa dos portugueses nos fornece é um critério para uma interpretação mais adequada da norma, a ser compreendida em sua teleologia e não somente no seu sentido literal.

Além disso, também deve ser compreendido que a autodeterminação exerce papel importante no exercício dos direitos da personalidade, podendo ser considerada sob dois aspectos, o primeiro concerne à iniciativa de defesa da personalidade, que poderá ser exercida ou não, sem que o titular esteja a ela vinculado heteronomamente. Pode por exemplo, a vítima de ofensa corporal abster-se de se defender. O segundo aspecto confere ao titular do direito a possibilidade de autovincular-se à limitação ou compreensão de seu direito. Em tais situações, o titular pode sujeitar-se à agressões à

sua integridade física ou moral, através de experiências com novas drogas farmacêuticas, equipamentos médicos, experiências psicológicas, testes de máquinas perigosas, e outros riscos assumidos voluntariamente¹⁹.

A doutrina portuguesa afirma claramente que esse é o sentido da norma.

Porém, os portugueses permitem de modo expresso que os direitos da personalidade possam ser objeto de atividade negocial. A própria cláusula geral do Art. 81º da legislação portuguesa estabelece a viabilidade de restrições negociais, e limita tais restrições ao ferimento dos princípios de ordem pública.

José de Oliveira Ascensão ao comentar tal dispositivo afirma que a definição do que vem a ser ordem pública não é tarefa fácil. Porém, na tentativa de elucidar a matéria, exemplifica que não pode ser contrário à ordem pública alguém que num circo se preste a sustentar alvo de algum exímio Guilherme Tell, ou quem utilize a própria imagem em cena ousada de um filme, ou de quem se submeta a uma experiência científica de encarceramento absoluto²⁰.

Os limites à autonomia privada no exercício dos direitos da personalidade devem ser definidos a partir do exame do que é disponível ou não. Assim, o direito à vida não é disponível, mas a utilização da imagem e da voz são regulados por negócio jurídico mediante remuneração. Também é possível a divulgação da vida privada ou certos aspectos da vida privada que por vezes é revelada para o público mediante remuneração. É frequente a realização de contratos sobre a privacidade e a imagem, nos quais modelos profissionais contratam o uso remunerado da sua imagem e que celebridades permitem mediante remuneração a invasão de sua vida privada e a publicação de fatos e imagens que lhes dizem respeito²¹.

Nesse sentido, pode-se retomar a afirmação inicial sobre a necessidade de preservar a tradição e os modelos do Direito privado para compreender de modo adequado como a norma atua na regulamentação da vida social, não se podendo esquecer das diversas dimensões da vida jurídica. Tome-se por exemplo os correntes contratos envolvendo a exploração da imagem, os contratos para participação em experimentos científicos, os contratos para participar dos reality shows.

¹⁹ VASCONCELOS, p. 153.

²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Cvil Teoria Geral**. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 85.

²¹ VASCONCELOS, p. 157 – 158.

Pode-se considerar que tais negócios jurídicos colidem com o Art. 11 do Código Civil? Ou será que o sentido interpretativo mais adequado do Art. 11 é o de que a vedação realizada é similar às disposições do Art. 81º do Código Civil português?

A resposta que a doutrina oferece para essas questões não é completamente pacífica.

Comparando o Direito português com o brasileiro, Paulo Mota Pinto explica que a norma portuguesa tem sentido inverso da norma pátria, pois define que somente nos casos em que a ordem pública ou os bons costumes exigirem, será ineficaz a limitação voluntária. Assim, naquele ordenamento a regra é no sentido de autorizar a limitação voluntária e no sistema brasileiro a regra é a indisponibilidade, havendo somente a viabilidade de limitação nos casos do Art. 13 (exigência médica ou para fins de transplante), Art. 14 (disposição do corpo, no todo ou em parte, para depois da morte) e Arts. 18 e 20 (que tratam do uso do nome em propaganda e da autorização de escritos, transmissão da palavra ou publicação, exposição ou utilização da imagem para fins comerciais)²².

Porém, logo após apresentar essa diferença, afirma a viabilidade de limitação voluntária em situações não previstas nas exceções descritas pela lei e menciona como exemplo os casos de limitação à liberdade profissional ou de contrato relativo à prática de esportes ou atividades perigosas para a atividade física.

Em outras palavras, mesmo com uma afirmação negativa em um primeiro momento, em uma análise mais detalhada Paulo Mota Pinto defende a possibilidade de ampliar as limitações voluntárias como maneira de respeito a própria personalidade do titular e de sua autodeterminação. Para o autor a limitação voluntária a um direito da personalidade é uma conformação do respectivo objeto, assim como a configuração da vida privada com maior ou menor intimidade não é, por si só, limitação voluntária ao direito à intimidade. Para o autor trata-se de uma conformação do objeto a que se refere o direito, a qual se efetuará normalmente por atos materiais ou reais qualificáveis como simples atos jurídicos, cujos efeitos são produzidos *ex lege*²³.

A reflexão de Paulo Mota Pinto tem grande utilidade para a interpretação do Art. 11 do Código Civil brasileiro, pois apresenta uma perspectiva do dispositivo legal integrado com os direitos gerais de liberdade que asseguram a autodeterminação. Além disso, fornece elementos teleológicos importantes para a interpretação, pois o legislador brasileiro ao estabelecer a limitação no poder de dispor por meio de negócios jurídicos dos direitos da personalidade, não afastou a

²² MOTA PINTO, Paulo. Direitos da Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista da AJURIS*, v. 31, n. 96, p. 428-429.

²³ MOTA PINTO, p. 429.

incidência daquelas hipóteses em que realização do ato de liberdade pressupõe a limitação voluntária de direitos da personalidade, quando não há qualquer ofensa ao princípio da dignidade da pessoa.

Outra lição importante da doutrina portuguesa é a de que mesmo considerando a limitação voluntária como negócio jurídico, a natureza dos negócios de personalidade é distinta dos negócios patrimoniais comuns. Embora seja aplicável o regime jurídico geral dos negócios jurídicos, tal aplicação deve obedecer o regime da revogabilidade da limitação que está prevista de forma expressa no Art. 81º, 2 do CC português²⁴.

O Direito português estabeleceu a viabilidade expressa de limitação aos direitos da personalidade, assim como definiu que essa limitação voluntária é sempre revogável, ficando o titular obrigado a indenizar o dano causado às legítimas expectativas da outra parte²⁵.

O Direito brasileiro, por não dispor a respeito da viabilidade de limitação aos direitos da personalidade, também não define restrições a essa autolimitação, como o faz o Direito português.

Reitere-se que é preciso interpretar o Art. 11 do Código Civil objetivando alcançar um ponto de equilíbrio entre a autolimitação e a proteção extremada dos direitos, pois tal postura pode sufocar legítimas manifestações da personalidade, por serem consideradas diferentes à cultura dominante²⁶.

Nesse sentido cabe mencionar a necessidade de se proceder a distinção entre a tutela negativa de proteção e a tutela positiva de promoção. Em regra existe grande preocupação em garantir a tutela protetiva dos direitos da personalidade conferindo proteção e respeito aos mesmos, mas não se pode esquecer a outra dimensão de tutela dos direitos da personalidade concernente à tutela promocional dos direitos da personalidade. Nesta dimensão deve ser assegurado ao sujeito o exercício de sua liberdade e autonomia para que “possa determinar o seu projeto de vida conforme suas convicções pessoais”, em virtude disso, é viável a prática de atos restritivos a certos direitos fundamentais da personalidade, e em nome da autodeterminação pessoal poderá o sujeito dispor sobre os bens da personalidade o que implicará na limitação voluntária dos seus direitos da personalidade²⁷.

²⁴ VASCONCELOS, p. 165.

²⁵ ASCENSÃO, p. 85.

²⁶ SCHREIBER, p. 28.

²⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. A dignidade da pessoa humana e a tutela geral da personalidade: tutela promocional para além da protetiva e o direito à privacidade em épocas de reality shows. *In* Direitos Fundamentais & Justiça nº 12 – Jul./Set. 2010, p. 117.

A limitação voluntária não contrairia a ideia de despatrimonialização e repersonalização do direito privado no quadro do reconhecimento das implicações entre o quadro constitucional e o regime das relações jurídico-privadas. O direito à liberdade jurídica é objeto de tutela dos direitos da personalidade e havendo conflito interno na proteção dos direitos da personalidade deve ser aplicada a ponderação entre a tutela mínima de certos bens e a proteção contra um paternalismo jurídico que também será considerado aviltador da personalidade humana²⁸.

Controlar a legitimidade das limitações voluntárias ao exercício dos direitos da personalidade não é uma tarefa fácil, ainda mais se for considerado o sistema como o brasileiro no qual não há determinação expressa do processo de autolimitação. Não há uma fórmula matemática para resolver o impasse, porém deve-se ponderar duração, alcance, intensidade e finalidade das limitações para identificar sua legitimidade. Quanto à duração e alcance da autolimitação, a mesma não pode ser admitida com caráter irrestrito ou permanente, pois se equipararia à renúncia²⁹.

Essa é a marca distintiva apresentada pela doutrina portuguesa no que se refere à comparação com os demais negócios jurídicos. Nos negócios de personalidade o contrato é livremente revogável pelo titular do direito da personalidade (e somente pelo titular) que sempre terá a possibilidade de recuperar a plenitude do seu direito de personalidade.

A viabilidade de livre revogação do negócio de personalidade não está imune a críticas e tem sido questionado na doutrina portuguesa as hipóteses de sua incidência. Ascensão defende que para se falar em revogabilidade da restrição negocial é necessário distinguir três situações³⁰.

Na primeira haveria um núcleo duro no qual o direito não pode sofrer limitação negocial, na segunda seria possível estabelecer limitações revogáveis, como determina o art. 81,2 da lei portuguesa e na terceira os direitos são limitáveis, sem haver a possibilidade de revogação.

Nessa terceira situação o autor considera que algumas figuras, mesmo tipificadas como direitos da personalidade como o direito à imagem e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, têm um âmbito muito vasto que extrapolam o que é eticamente exigido, não tem nenhum aspecto ético implicado e estão para além dos direitos da personalidade. Por esse motivo, o autor

²⁸ MOTA PINTO, p. 430. Nesse sentido o autor refere as lições de John Stuart Mil para quem somente existe liberdade quando é possível se prosseguir para o próprio bem à sua maneira desde que não se preve os outros do seu próprio modo, conclui o filósofo que cada um é o melhor guardião de sua própria saúde corpórea, mental ou espiritual.

²⁹ SCHREIBER, p. 27. A esse respeito o autor menciona o Enunciado 4 da I Jornada interpretativa do CCB que dispõe: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

³⁰ ASCENSÃO, p. 86 – 87.

considera que seriam perfeitamente disponíveis e não haveria razões éticas para justificar a revogação e sem exigência ética não se poderia falar em direito da personalidade.

Outra corrente defende que a matéria poderia ser resolvida pela aplicação da teoria do abuso do direito, considerando que se o direito é de personalidade o seu titular não pode ser dele privado. Se o titular do direito da personalidade limitar o seu exercício autorizando que outros usem a sua imagem ou divulguem a privacidade, não pode perder o controle dessa limitação, mas ao revogar a limitação ou a autorização concedida, o titular poderá incorrer em abuso do direito³¹.

Quanto à intensidade, deve ser averiguado o grau de restrição imposto ao exercício dos direitos da personalidade, como exemplo Schreiber cita que expectador de uma comédia teatral pode consentir ser alvo de brincadeiras que façam o público rir, mas a sua autorização não permite que seja humilhado no palco e reduzido a mero objeto de lazer alheio³².

Por fim, no que tange à finalidade qualquer autolimitação deve corresponder a um interesse direto e imediato do próprio titular³³, e não de terceiros, como se verifica no caso de implante de microchip subcutâneo inserido no empregado no interesse do empregador, para controle da jornada de trabalho³⁴.

CONCLUSÃO

O estudo comparativo do regime das limitações voluntárias aos direitos da personalidade no Direito brasileiro e português nos oferece um conjunto de ferramentas que auxiliam a compreender

³¹ VASCONCELOS, p. 167. O autor ainda arremata o seu pensamento considerando que quem contrata o aproveitamento econômico de bens da personalidade sabe ou tem a obrigação de saber que a vinculação do titular do direito de personalidade é precária e por isso a sua expectativa não pode ser muito forte, o que afeta também a própria possibilidade de indenização no caso de frustração de legítimas expectativas prevista no art. 81, 2 do CC português.

³² SCHREIBER, p. 28.

³³ Nesse sentido Ingo Sarlet inclui no conceito de dignidade da pessoa humana a vedação da coisificação e da degradação da pessoa pela fórmula-objeto. (SARLET, p. 37).

³⁴ A respeito do implante subcutâneo relevante mencionar a necessidade de comparação de duas situações: na primeira a boate Baja Beach Club em Barcelona, dispõe aos seus clientes a possibilidade de ser inserido microchip sob a pele para assegurar livre acesso à área VIP da boate e servir como controle de consumação. Na segunda situação é inserido microchip na pele de operários para controlar a sua jornada de trabalho. Os dois casos tratam de situação parecida, implante de microchips subcutâneos, e muito embora o implante de microchips subcutâneos não provoque a diminuição permanente da integridade física, e por isso não violaria o Art. 13 do CCB, ainda assim, é necessário ponderar a respeito da legitimidade de interferência na integridade física nos dois casos. No caso dos usuários da boate, a intervenção seria legítima, porque ocorre no interesse do próprio titular, já no segundo o implante o microchip não poderia ser considerado legítimo, pois se daria no interesse exclusivo do empregador e seria uma afronta à tutela da dignidade humana. SCHREIBER, p. 39.

e a interpretar as disposições do Art. 11 do Código Civil brasileiro e quais são os limites voluntários aos direitos da personalidade.

Para os que consideram a autolimitação como ato de autodeterminação é necessário perceber a distinção entre atos de autodeterminação de atos de autonomia privada para a compreensão da matéria.

Nessa linha, a conclusão deste artigo está alinhada com a concepção de que os atos de autolimitação do direito da personalidade podem ser realizados quando não violarem de modo permanente e definitivo os direitos, de modo que atinjam a dignidade da pessoa, sendo primordialmente atos de autodeterminação.

Embora tais limitações sejam atos de autodeterminação não são necessariamente de atos de autonomia privada que vinculem a pessoa a sua prática e a sujeitem ao exercício de modo compulsório, seja porque a execução é ineficaz, seja pela razão inserida na disposição do Código Civil português, de que os atos que tratem sobre os direitos da personalidade podem sempre ser revogados.³⁵

Em outras palavras, uma adequada interpretação do Art. 11 do Código Civil brasileiro resulta na compreensão de que é possível às pessoas disporem de seus direitos da personalidade, bem como celebrarem contratos e negócios jurídicos que tenham por objeto os seus direitos da personalidade. Porém, serão ineficazes as disposições definitivas e irrevogáveis e aquelas que de algum modo ferirem o princípio da dignidade da pessoa ou forem exercidas no interesse que não seja o exclusivo do titular do direito da personalidade.

Em certa medida, a disposição do Art. 11 do Código Civil é uma norma de não competência, pois afasta a competência para nomogênese³⁶, não gerando atos que produzam os efeitos de um ato jurídico perfeito, pois ou são ineficazes como tal ou podem ser revogados a qualquer tempo pelo titular do direito da personalidade.

O fundamento dessa retirada de competência do Art. 11 do Código Civil é a preservação da liberdade de autodeterminação, não sendo permitido eficácia vinculante aos preceitos criados por

³⁵ A propósito veja-se a doutrina de Giovanni Ettore Nanni para quem a matéria deve ser tratada sob o enfoque da noção de situação jurídica que consiste numa série de disposições normativas que atribuem a um sujeito direitos e obrigações consistentes em comportamentos que podem ser opostos e exigidos num aspecto estrutural dinâmico. Assim os deveres e direitos se desenvolvem conforme relações existentes e o seu desenvolvimento perante outros sujeitos de direito. NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 167.

³⁶ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autodeterminação e limitação negocial aos direitos da personalidade. In **A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais**. Orgs.: XAVIER, Narciso Leandro e CASSEL, Douglas. Joaçaba: Editora Unoesc, 2011, p. 236 – 237.

tais atos que são meramente autodeterminação e não retiram da pessoa o direito de manifestar vontade em sentido contrário e de continuarem com a sua plena capacidade de se autodeterminar na esfera de sua vida privada³⁷.

Embora muitos direitos da personalidade possam ser objeto de contratação, há amplo espaço em que não se pode cogitar de aplicar as regras da teoria do negócio jurídico de forma fechada, já que o princípio reitor dessas relações é a autodeterminação e não propriamente a autonomia privada, sendo essencial a compreensão e interpretação adequada dessas disposições.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. **Direito das Obrigações**. 12^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.

ANDRADE, Fábio Siebeneicler de. O Código Civil de 2002: influências e funções atuais. **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Teixeira, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite Coord., Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Cvil Teoria Geral**. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autodeterminação e limitação negocial aos direitos da personalidade. In **A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais**. Orgs.: XAVIER, Narciso Leandro e CASSEL, Douglas. Joaçaba: Editora Unoesc, 2011, p. 236 – 237.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. As Cláusulas Gerais e a Concreção de Direitos Fundamentais. In **Novos Direitos**. NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Coord., Curitiba: Juruá, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In **Constituição, Dirietos Fundamentais e Direito Pivado**. SARLET, Ingo Wolfgang Org. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3^a ed., 2010.

CANTALI, Fernanda Borghetti. A dignidade da pessoa humana e a tutela geral da personalidade: tutela promocional para além da protetiva e o direito à privacidade em épocas de reality shows. In **Direitos Fundamentais & Justiça** n° 12 – Jul./Set. 2010, p. 117.

³⁷ BRANCO, p. 238-239.

- CARONE, Julia Silva e Faro, Julio Pinheiro. Completos, mas incompletos? O amputees by choice e a extensão da liberdade de manifestação da personalidade humana. **Revista dos Tribunais São Paulo**. vol. 9, 2014, p. 199 – 211, Nov-Dez. 2014.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6ª ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 299 - 234.
- IRTI, Natalino . **L’età della decodificazione**.Milão:Giuffrè Editore, 4ª Ed., 1999.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência Jurídica**. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith e FERNANDES, Márcia Santana. Os biobancos e a doação de material biológico humano: um ensaio de qualificação jurídica. IN GOZZO, Débora; LIGEIRA, Wilson Ricardo (Org.) **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e opção culturalista do novo Código Civil. *In* **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª ed, 2010.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MOTA PINTO, Paulo. Direitos da Personalidade no Código Civil Português e no Novo Código Civil Brasileiro. **Revista da AJURIS**, v. 31, n. 96, p. 428-429.
- NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.
- PINTO, Paulo Mota. A limitação voluntária do Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**, II, Coimbra, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *In* **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª ed, 2010.
- SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In* **Dimensões da Dignidade – ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Org. SARLET, Ingo Wolfgang. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2ª ed, 2013, p. 26-27.
- SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003, p. 21-23.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. *In A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2^a ed, 2003, p. XIX e XX.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.